

# VU Research Portal

## Verhandelbare rechten van publiekrechtelijke herkomst. Twee MDW-rapporten

van Ommeren, F.J.

### ***published in***

RegelMaat

2002

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

van Ommeren, F. J. (2002). Verhandelbare rechten van publiekrechtelijke herkomst. Twee MDW-rapporten. *RegelMaat*, (5), 138-149.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Verhandelbare rechten van publiekrechtelijke herkomst. Twee MDW-rapporten

## 1. Inleiding

In het kader van het MDW-programma zijn twee rapporten totstandgekomen die betrekking hebben op verhandelbare rechten van publiekrechtelijke herkomst. In deze bijdrage wordt kort ingegaan op de inhoud van beide rapporten. Voor de keuze van de daaruit te bespreken onderwerpen zijn de reacties op de rapporten maatgevend geweest. Want hoewel MDW-rapporten primair zijn bedoeld als 'Haagse' rapporten – interdepartementaal totstandgekomen rapporten met aanbevelingen voor wetgevings- en beleidsambtenaren –, hebben de beide rapporten relatief veel aandacht gekregen in de rechtswetenschappelijke literatuur. Dit geldt vooral voor het eerste rapport. Dit rapport is het meest algemeen: het biedt een kader voor de beoordeling of en wanneer een recht overdraagbaar is en gaat in op de vraag wanneer het uit economisch oogpunt wenselijk is een markt voor verhandelbare rechten tot stand te brengen.<sup>1</sup> Het tweede rapport, dat in het bijzonder betrekking heeft op de toekenning van schadevergoeding,<sup>2</sup> komt in deze bijdrage vooral aan de orde voorzover de rechtsontwikkeling – in het bijzonder het recente arrest van de Hoge Raad over de varkensrechten<sup>3</sup> – daartoe aanleiding geeft.

## 2. Het privaatrechtelijk kader

### 2.1. Inleiding<sup>4</sup>

In het eerste MDW-rapport over verhandelbare rechten is nogal wat aandacht uitgegaan naar de beantwoording van de vraag of en wanneer een recht naar huidig recht overdraagbaar is, met name indien de wetgever zich daarover niet uitdrukkelijk heeft uitgelaten. De reden is dat aldus inzicht kan worden verkregen in de vraag in hoeverre er behoefte is aan (algemene) aanvullende regelgeving.

Voor de beantwoording van die vraag bieden de regels van het privaatrecht, in het bijzonder het BW, het kader. Anders dan het privaatrecht kent het publiekrecht geen eigen algemene regels inzake de overgang van rechten. Het privaatrecht kent wel algemene regels, maar deze bieden niet meer dan een zeer open kader: dit kader dient met andere maatstaven te worden ingevuld. Het zal niet verwonderen dat die invulling voor rechten van publiekrechtelijke herkomst moet plaatsvinden met behulp van regels die eveneens van publiekrechtelijke herkomst zijn.

\* Prof. mr. F.J. van Ommeren is raadadviseur bij de Directie Wetgeving van het ministerie van Justitie en is in deeltijd hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de VU. Hij was een van de secretarissen van de MDW-werkgroep Verhandelbare rechten. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

1. Verhandelbare rechten. Zie voor het kabinetstandpunt bij dit rapport: *Kamerstukken II* 1999/2000, 24 036, nr. 149. Zie voor een bespreking van dit rapport: A.E. Bolhoeve, 'Verhandelbare rechten', *Tijdschrift Privatisering* 2000/4, p. 22 e.v. en meer uitvoerig T.A. van Kampen, 'De handel en wandel binnen het publiekrecht', *NJB* 2001, p. 339 e.v.
2. Verhandelbare rechten Fase II. Ingrijpen en compenseren? Zie voor het kabinetstandpunt bij dit rapport: *Kamerstukken II* 2000/01, 24 036, nr. 182. Beide rapporten zijn te vinden op internet: <<http://www.minez.nl/mdw>>. Op basis van de twee rapporten is door het ministerie van EZ in 2001 een beknopte Handleiding Verhandelbare rechten uitgebracht.
3. HR 16 november 2001, AB 2002, 25 m.nt. PvB.
4. Par. 2 en 3 zijn een bewerking van: F.J. van Ommeren, 'Verhandelbare rechten: wanneer is een recht overdraagbaar?', in: A.W. Heringa e.a., *Eigendom in het milieurecht*, Centrum voor Omgevingsrecht en Beleid/NILOS, Universiteit Utrecht 2001, p. 1 e.v. Sommige passages zijn rechtstreeks ontleend aan het eerste rapport.

## 2.2. Is er sprake van een vermogensrecht?

Om te weten of een recht overdraagbaar is, dient eerst te worden gezien of het een vermogensrecht is. Zo nee, dan is het recht niet overdraagbaar. In beginsel is sprake van een vermogensrecht als het recht op stoffelijk voordeel is gericht, of als er door aanwending van het recht stoffelijk voordeel aan is te ontfangen (vgl. art. 3:6 BW).<sup>5</sup> Het stoffelijk voordeel komt met name tot uitdrukking in de geldswaarde die het recht vertegenwoordigt. Het begrip 'vermogensrecht' wordt van oudsher vrij ruim opgevat; ook aan bestuurswetgeving te ontfangen rechten, die een zekere geldswaarde vertegenwoordigen, zoals vergunningen en dergelijke, kunnen als vermogensrechten worden beschouwd.<sup>6</sup>

## 2.3. Van wat voor soort vermogensrecht is sprake?

Artikel 3:83 BW luidt:

1. Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen overdracht verzet.
2. De overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan ook door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten.
3. Alle andere rechten zijn slechts overdraagbaar, wanneer de wet dit bepaalt.

Het is van belang te weten of er sprake is van een vermogensrecht dat behoort tot de categorie van eigendom, beperkte rechten of vorderingsrechten, of dat het recht behoort tot de andere vermogensrechten. Dat is een belangrijke vraag, want het BW stelt andere regels voor de categorie van het eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten dan voor de andere vermogensrechten (zie art. 3:83 BW). Voor de ca-

tegorie van de eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten is de hoofdregel dat deze in beginsel overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich daartegen verzet (lid 1). Met andere woorden: deze rechten zijn overdraagbaar tenzij de wet (of de aard van het recht) een negatieve indicatie geeft. Voor de overige vermogensrechten ligt het net andersom, deze rechten zijn alleen overdraagbaar indien de wet dit bepaalt (lid 3). Hier is dus een positieve indicatie nodig.

## 2.4. De positieve indicatie

Over die positieve indicatie valt nog wel wat meer te zeggen. Want hoe uitdrukkelijk moet die wettelijke grondslag zijn? De wetgever heeft zich lang niet altijd uitdrukkelijk uitgelaten over het overdraagbare karakter van door hem in het leven geroepen rechten. De Hoge Raad heeft zich een paar jaar geleden over die vraag gebogen, die betrekking had op de overgang van een vergunning tot exploitatie van een benzinstation. De burgerlijke rechter gaat ervan uit dat artikel 3:83 lid 3 BW niet aan overdracht in de weg staat indien de overgang van de vergunning *past in het stelsel van de wet*.<sup>7</sup> Waar het derde lid van artikel 3:83 BW dus zegt dat de wet moet 'bepalen' dat het recht overdraagbaar is, kiest de Hoge Raad voor een ruime uitleg, en vindt hij het voldoende dat de overdracht past in het stelsel van de wet. Om overdraagbaarheid van de beschikking aan te nemen is niet vereist dat de wet daarin uitdrukkelijk heeft voorzien.

Op zichzelf is er veel voor te zeggen dat de Hoge Raad hier voor een ruime uitleg kiest. De vraag is natuurlijk wel wanneer de overdraagbaarheid in het stelsel van de wet past. Daarop ziet de bestuursrechtelijke uitwerking.

5. Er zijn ook vermogensrechten die niet op stoffelijk voordeel zijn gericht, dat zijn overdraagbare rechten (vgl. art. 3:6 BW); voor de *vaststelling* of een recht overdraagbaar is, hebben we daar niets aan, dan wordt de definitie immers circulair.
6. *Asser Zakenrecht 3-1* (Mijnssen, De Haan), dertiende druk, Zwolle 1992, p. 5.
7. HR 16 mei 1997, *NJ* 1998, 238 (Dircks c.s./Dircks c.s.). D.C.J.A. van Engelen, 'Overdraagbaarheid van "alle rechten", wetswijziging mogelijk in aantocht?!', *NJB* 2001, p. 337, oppert dat deze zaak een voorbeeld is van een procedure die werd beslist onder het oude recht en na 1 januari 1992 waarschijnlijk anders zou liggen. In ieder geval voor rechten van publiekrechtelijke herkomst is aannemelijk dat ook onder het huidige recht het voor overdraagbaarheid voldoende is dat de overdraagbaarheid past in het systeem van de wet. Anders: Van Buuren en Knijff, hun standpunt komt aan de orde in par. 4.

## 2.5. De verdeling tussen de categorieën (het eerste of derde lid van art. 3:83 BW)

Gelet op artikel 3:83 BW is het van belang te bepalen tot welke categorie een recht behoort. Behoort een van overheidswege verstrekt recht tot de categorie van het eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten, dan ligt de overdraagbaarheid dus anders dan als het daar niet toe behoort. Het begrip 'eigendom' wordt privaatrechtelijk vrij beperkt uitgelegd. Het eigendomsbegrip is beperkt tot zaken (vgl. art. 5:1 BW); zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten (art. 3:2 BW). De rechten uit vergunningen en quota en dergelijke behoren daar niet toe. Het EVRM kent overigens een ander en ruimer eigendomsbegrip, dat verderop, in het kader van de bespreking van het tweede rapport, aan de orde zal komen.

Subsidies en dergelijke behoren civielrechtelijk gezien tot de categorie van de vorderingsrechten. Daarvoor geldt dus dat zij in principe overdraagbaar zijn, tenzij de wet een negatieve indicatie geeft. Ik noem dat hier speciaal, omdat er thans over wordt nagedacht of overdraagbare subsidies – in de vorm van vouchers – niet een oplossing kunnen bieden bij sectoren die een hoge regeldichtheid kennen en die zeer royaal gebudgetteerd zijn (zorg, onderwijs, volkshuisvesting). Op die terreinen moet dan een omslag worden gemaakt van aanbod- naar vraagfinanciering, voorzover dat nog niet is gebeurd.<sup>8</sup>

Vergunningen, quota en dergelijke behoren tot de categorie van de andere rechten, de categorie waarvoor een positieve indicatie is vereist, wil het recht overdraagbaar zijn. Zoals gezegd, is voor een positieve indicatie voldoende dat de overdraagbaarheid past in het stelsel van de wet, niet nodig is dat in de wettelijke regeling uitdrukkelijk in de overdraagbaarheid is voorzien. Artikel 3:83 BW is er indertijd bewust gekomen, omdat men vreesde dat zonder deze bepaling ongelukken zouden kunnen gebeuren, namelijk doordat een toekomstige wetgever niet aan de mogelijkheid van overdraagbaarheid zou denken en aldus

ongewild overdraagbaarheid mogelijk zou maken. De strekking van artikel 3:83 is de wetgever te dwingen de overdraagbaarheidsvraag onder ogen te zien en indien voor overdraagbaarheid wordt gekozen de wijze van overdracht en de eventuele beperkingen ook behoorlijk te regelen. In 1991 – dus vóór de inwerkingtreding van het huidige BW – werden daarbij als voorbeeld al genoemd de mestproductierechten, die (ook) destijds om politieke aandacht vroegen, en de teeltvergunning, die al uit veel oudere jurisprudentie van de Hoge Raad bekend was.<sup>9</sup>

## 2.6. De privaatrechtelijke vragen

Al met al ziet de privaatrechtelijke benadering om te beoordelen of een recht overdraagbaar is er in een kort overzichtje als volgt uit:

1. Is er sprake van een vermogensrecht?
2. Zo ja, van wat voor soort vermogensrecht is sprake?
3. In geval van een recht als bedoeld in artikel 3:83 lid 1: verzet de wet of de aard van het recht zich tegen overdracht?
4. In geval van een recht als bedoeld in artikel 3:83 lid 3: bepaalt de wet, of volgt uit het systeem van de wet, dat het recht overdraagbaar is?

Dit kader is wel zeer abstract van aard en biedt weinig houvast. Daarbij is bewust nog weinig gezegd over de invloed van de aard van het recht. Ingevolge artikel 3:83 lid 1 BW kan de aard van het recht zich immers tegen overdracht verzetten. Over de aard van het recht biedt bij rechten van publiekrechtelijke herkomst juist het bestuursrecht inzicht.

## 3. De bestuursrechtelijke uitwerking

### 3.1. Inleiding

Het bestuursrecht kent geen eigen geschreven algemene regeling inzake overgang van rechten. Wel zijn er thans reeds enige bestuursrechtelijke regels te formu-

8. Zie voor het MDW-project inzake vouchers en persoonsgebonden budgetten: *Kamerstukken II* 2000/01, 24 036, nr. 222.

9. Zie regeringscommissaris W. Snijders, 'Enkele hoofdpunten van de Boeken 3, 5, 6, 7 en 8 NBW, voor zover deze op 1 januari 1992 in werking zijn', *AA* 1991, p. 1096.

leren. Uiteraard moet eerst gekeken worden naar de inhoud en strekking van de wettelijke regeling waarop het recht is gebaseerd en naar de voorschriften die aan het recht zijn verbonden. Van groot belang is bovendien de aard van het recht. Maar meer dan eens zal het resultaat daarvan zijn dat een en ander geen duidelijkheid biedt.

### 3.2. Wettelijke voorschriften

Dat wetgeving overdracht uitdrukkelijk mogelijk maakt, komt regelmatig voor. Onderscheiden kan worden in rechten waarbij de overdracht afhankelijk is van het object waarop de rechten betrekking hebben – *afgeleide* overdracht – en rechten die *zelfstandig* overdraagbaar zijn. Er zijn nogal wat wettelijke regelingen die rechten overdraagbaar maken. De basis voor de overdraagbaarheid kan behalve in het nationale recht ook in het Europese recht liggen. Dit geldt vooral de zelfstandig overdraagbare rechten op het gebied van de landbouw en de visserij. Ook het internationale recht biedt een basis voor overdraagbare rechten. Te denken valt aan het verdrag van Kyoto. Wettelijke voorschriften kunnen heel uitdrukkelijk het recht overdraagbaar maken, maar soms blijft het overdraagbare karakter meer impliciet, of blijkt het vooral uit het systeem van de wet.

### 3.3. De aard van het recht: persoons- of zaaksgebonden

De belangrijkste inbreng van het bestuursrecht is de uitwerking van de aard van het recht. Heeft het recht een persoons- of zaaksgebonden karakter? *Persoonsgebonden* rechten zijn rechten die zozeer afhankelijk zijn van de persoon van de rechthebbende dat zij zonder deze niet kunnen worden uitgeoefend. Strikt persoonsgebonden rechten zijn niet overdraagbaar. Voorbeelden van van overheidswege verstrekte rechten met een strikt persoonsgebonden karakter zijn: het rijbewijs, het paspoort, een van overheidswege uitgereikt diploma en de stemkaart voor de verkiezingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Bij

persoonsgebonden beschikkingen staat de aard van de beschikking aan overdracht in de weg.

*Zaaksgebonden* rechten zijn rechten waarvan de werking betrekking heeft op een object (hetgeen uiteraard weer gevolgen heeft voor personen). In plaats van over het zaaksgebonden karakter spreekt men ook wel over de zakelijke werking.<sup>10</sup> Voorbeelden van zaaksgebonden besluiten zijn de bouwvergunning en de milieuvergunning. Ook zaaksgebonden vergunningen zijn op naam gesteld. Indien de overdracht mogelijk is in het voetspoor van de overdracht van een ander recht, is er echter sprake van *afgeleide* overdracht. Bij overdracht die enkel mogelijk is op grond van zaaksgebondenheid is daarvan sprake.

Wat veel interessanter is, is de *zelfstandige overdracht* van rechten. Dat is immers de overdraagbaarheid waarbij het marktmechanisme zijn werk kan doen. En daarmee komen we dan uit bij een (bestuursrechtelijk) *spanningsveld*. Persoonsgebonden rechten zijn in principe niet overdraagbaar en zaaksgebonden rechten zijn dat wel (zij het afgeleid). Maar waar het ons om gaat, is de creatie van een betrekkelijk nieuwe figuur, te weten het zelfstandig overdraagbare recht van publiekrechtelijke herkomst. Dat roept de vraag op of er naast persoonsgebondenheid en zaaksgebondenheid niet nog een *derde categorie* moet zijn: het zelfstandig overdraagbare recht. Dat recht is niet persoonsgebonden (want dan is het niet-overdraagbaar) en dat recht is ook niet zaaksgebonden (want dan is het hooguit afgeleid-overdraagbaar). De dichotomie tussen persoonsgebondenheid en zaaksgebondenheid behoeft aanvulling met een derde variant: de figuur van het zelfstandig overdraagbare recht, die noch persoons- noch zaaksgebonden is. Het is voor dit laatste dat een bijzondere publiekrechtelijke regeling de basis kan bieden.

### 3.4. Beschikkingsvoorschriften

Het is mogelijk dat het bevoegd gezag bij het nemen van de beschikking tot het verlenen van het recht in de voorschriften een

10. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat in de juridische literatuur soms onderscheid wordt gemaakt tussen zaaksgebondenheid en zaaksgerichtheid. De zaaksgerichtheid is hier niet aan de orde. Zaaksgerichte besluiten zijn niet tot personen gericht (bijvoorbeeld de aanwijzing van een rijksmonument), zaaksgebonden besluiten zijn dat wel (bijvoorbeeld de milieuvergunning is persoonsgericht en zaaksgebonden).

bepaling opneemt met betrekking tot de overdraagbaarheid van het recht. In de beschikkingsvoorschriften kan de overdraagbaarheid ook worden uitgesloten. Dit is afhankelijk van de beleidsvrijheid die het bevoegd gezag heeft om de inhoud van de beschikkingsvoorschriften vast te stellen. Meer in het algemeen geldt dat als het bestuursorgaan op basis van een daartoe verleende bevoegdheid instemming heeft gegeven voor de overdracht van de beschikking, ervan mag worden uitgegaan dat de aard en de overige inhoud ervan niet aan overdracht in de weg staan. Het is in beginsel denkbaar dat het bevoegd gezag de overdraagbaarheid van de beschikking uitdrukkelijk uitsluit, aan voorwaarden verbindt, dan wel zonder meer toestaat.

### 3.5. De bestuursrechtelijke vragen

Al met al ziet de bestuursrechtelijke benadering om te beoordelen of een recht overdraagbaar is, er in een kort overzichtje als volgt uit:

1. Maakt de wet uitdrukkelijk overdraagbaarheid mogelijk of past de overdraagbaarheid in het stelsel van de wet?
2. Staat de aard van het recht aan overdracht in de weg?
3. Zijn bij de verlening van het recht door het bestuursorgaan voorschriften gesteld die op de overdracht betrekking hebben?

## 4. Een andere benadering van de overdracht van rechten van publiekrechtelijke herkomst

### 4.1. Wijziging van de tenaamstelling

Het MDW-rapport besteedt weinig aandacht aan wat er ná de overdracht moet gebeuren. Het ligt voor de hand dat het zinvol is na een geslaagde overdracht de tenaamstelling van het recht te wijzigen, zodat duidelijk blijkt wie de nieuwe rechthebbende is. Het recht wordt dan overgeschreven.

Van Buuren en Knijff hebben voor de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie een zeer lezenswaardig preadvies geschreven over de overdracht van vergunningen, waarin zij het MDW-rapport centraal stellen en daarmee ook in discussie treden.<sup>11</sup> Van Buuren en Knijff besteden wel uitvoerig aandacht aan de wijziging van de tenaamstelling door het bestuur. Zij kennen aan deze figuur een prominente plaats toe. Zij gaan zelfs zo ver de overdracht van het recht met de wijziging van de tenaamstelling te vereenzelvigen.

De wijziging van de tenaamstelling door het bestuursorgaan is mijns inziens echter strikt genomen iets anders dan de overdracht van het recht tussen de civiele partijen. Het een lijkt mij in het verlengde van het ander te liggen. De wijziging van de tenaamstelling door het bestuursorgaan is vooral te beschouwen als een sequeel van de overdracht. De wijziging van de tenaamstelling is in beginsel niet bepalend voor de overdracht. Ook wanneer na de overdracht van het recht de wijziging van de tenaamstelling niet plaatsvindt of is uitgesteld, staat dat er in beginsel<sup>12</sup> niet aan in de weg dat de overdracht rechtsgeldig heeft plaatsgevonden. Wel is er dan het gevaar dat er (later) onduidelijkheden en misverstanden ontstaan over wie de vergunninghouder is. Dit soort misverstanden moet worden voorkomen. Bijvoorbeeld met het oog op de handhaving van de vergunningvoorschriften – maar daarom niet alleen – is het van belang dat het bestuur ervan op de hoogte is wie de vergunninghouder is. Het is dan ook een goede zaak dat Van Buuren en Knijff de figuur van de wijziging van de tenaamstelling met zoveel woorden hebben benoemd en een eigen plaats hebben willen geven. De wijziging van de tenaamstelling is een zuiver bestuursrechtelijke kwestie. De auteurs wijzen er terecht op dat tegen de weigering om de tenaamstelling te wijzigen, beroep openstaat bij de bestuursrechter. Dit onderstreept mijns inziens dat de wijziging van de tenaamstelling door het

11. P.J.J. van Buuren & C.L. Knijff, 'Overgang van vergunningen', in: *De notaris en/in het bestuursrecht*, preadvies KNB, Lelystad/Den Haag 2001, p. 13-31. Zie ook P.J.J. van Buuren, 'Overdraagbaarheid van vergunningen naar publiekrecht en naar privaatrecht', in: *De Kaderwet zelfstandige bestuursorganen*, rede voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, Den Haag 2001, p. 55 e.v. en P.J.J. van Buuren & C.L. Knijff, 'Overgang van vergunningen', *NTB* 2001, p. 288 e.v.

12. Dit ligt anders indien uit de wettelijke regeling volgt dat wijziging van de tenaamstelling constitutief is voor de overdracht.



bestuursorgaan, juridisch gezien, iets anders is dan de overdracht van het recht tussen twee civiele partijen.

#### 4.2. Een ongeschreven bestuursrechtelijke regel?

Van Buuren en Knijff betogen dat de overdracht van een vergunning van de ene civiele partij op de andere niet als een overdracht in de zin van het BW kan worden gekwalificeerd. In plaats daarvan hanteren zij een ongeschreven regel van bestuursrecht.<sup>13</sup> De vraag is echter waar die ongeschreven regel vandaan komt. Een probleem van ongeschreven recht is vaak dat het een ietwat onbestemd karakter heeft. Het is niet zo gemakkelijk aan te tonen dat het echt bestaat.

Volgens de auteurs is het BW niet van toepassing op de overdracht van een recht van publiekrechtelijke herkomst.<sup>14</sup> Ik waag dit zeer te betwijfelen. Is het niet eenvoudiger en ook realistischer te zeggen dat het BW (art. 3:83 BW) bepaalt wanneer een recht – en dus ook een vergunning of een ander recht van publiekrechtelijke herkomst – overdraagbaar is? Mijns inziens is ook op de overdracht van een vergunning het BW van toepassing, tenzij uit een bijzonder wettelijk voorschrift het tegendeel blijkt. De overdracht van het recht vindt plaats tussen twee civiele partijen. En daarom ligt het ook enigszins voor de hand dat het BW op die rechtsverhouding van toepassing is.

Deze uitleg van het BW vindt steun in de wetsgeschiedenis. Het derde lid van artikel 3:83 BW zegt dat bepaalde rechten slechts overdraagbaar zijn wanneer de wet dit bepaalt. Deze bepaling is met name ook geschreven voor bestuursrechtelijke rechten! Het derde lid van artikel 3:83 BW heeft ook betrekking op vergunningen. Zoals gezegd, is deze bepaling er mede gekomen om de bestuursrechtelijke wetgever te dwingen de overdraagbaarheidsvraag onder ogen te zien (men zie par. 2.5). In dit licht is de stelling van Van Buuren en Knijff dat de over-

dracht van een vergunning niet mag worden gekwalificeerd als een overdracht in de zin van het BW heel opmerkelijk.

#### 4.3. De bestuurspraktijk

Principieel maakt het uiteraard nogal wat uit of de overdracht primair een privaatrechtelijke of een bestuursrechtelijke kwestie is. Ook voor de wetgever heeft dit verschil vergaande consequenties. En ook voor de bestuurspraktijk zijn de gevolgen groot. Van Buuren en Knijff geven in hun preadvies onder meer het voorbeeld van de exploitant van een jachthaven met een vergunning van Rijkswaterstaat. Stel dat de jachthaven executoriaal wordt verkocht.<sup>15</sup> Moeten de geexecuteerde en de koper dan samen naar Rijkswaterstaat om de overdracht tot stand te kunnen brengen? Dat is toch een volstrekt onwerkbare situatie? Wellicht is de eigenaar van de jachthaven onvindbaar. Mijns inziens biedt het bestuursrecht hier geen oplossing voor en hoeft het dat ook niet te bieden. Het privaatrecht is de geëigende weg om op dit soort vragen een antwoord te geven en het doet dat ook.

De benadering van Van Buuren en Knijff heeft als bezwaar dat zij lijkt vast te lopen indien er geen wilsovereenstemming is tussen partijen. Volgens hen ligt aan de overdracht op grond van artikel 3:83 BW wilsovereenstemming ten grondslag.<sup>16</sup> Dit is een misvatting; het artikel is ook van toepassing op 'onvrijwillige' overdracht, zoals bij een executoriale verkoop. De auteurs gaan uit van een soort ideale wereld, waarin volstreekte harmonie tussen partijen bestaat. Maar zo zit de wereld niet in elkaar, met name niet in die situaties dat een beroep op de regels van het recht moet worden gedaan. In geval van een conflict of van andere juridische problemen kan beter gekeken worden naar de toepasselijke geschreven regels. Aan een 'ongeschreven bestuursrechtelijke regel' is daarvoor geen behoefte.

13. Van Buuren & Knijff, 'Overgang van vergunningen', preadvies KNB, p. 22; Van Buuren & Knijff, 'Overgang van vergunningen', *NTB* 2001, p. 293.

14. Van Buuren & Knijff, 'Overgang van vergunningen', preadvies KNB, p. 18; Van Buuren & Knijff, 'Overgang van vergunningen', *NTB* 2001, p. 291 en 295.

15. Dit voorbeeld werd op de jaarvergadering van de KNB van 28 september 2001 opgeworpen door H.W. Heyman. Zie *Verslag*, uitgave KNB, p. 17.

16. Van Buuren & Knijff, 'Overgang van vergunningen', preadvies KNB, p. 15; Van Buuren & Knijff, 'Overgang van vergunningen', *NTB* 2001, p. 289.

Dit voorbeeld laat goed zien waarom het beter is publiek- en privaatrecht, daar waar dat kan, gescheiden te houden: voor de overdracht tussen civiele partijen dient primair van een privaatrechtelijk kader te worden uitgegaan, dat met publiekrechtelijke elementen wordt ingevuld; is de overdracht rond, dan komt daarna de zuiver bestuursrechtelijke wijziging van de tenaamstelling aan de orde. Dat in de praktijk deze twee rechtsmomenten soms kunnen samenvallen, doet aan het juridisch-analytische onderscheid niet af.

#### 4.4. De Aanwijzingen voor de regelgeving

Aan een separate bestuursrechtelijke benadering van de overdracht is dus geen behoefte, artikel 3:83 BW vormt een prima vertrekpunt. Een probleem is wel dat we moeten constateren dat artikel 3:83 BW nogal eens aan de aandacht van de bestuursrechtelijke wetgever lijkt te ontsnappen. Het is niet overdreven te zeggen dat het BW op dit punt in de bestuursrechtelijke wereld tamelijk grote onbekendheid geniet. Maar daar wordt nu wel iets aan gedaan. In de eerste plaats wordt de lezer van *RegelMaat* langs deze weg erop geattendeerd! In de tweede plaats is een van de resultaten van het MDW-project te bezien in hoeverre de Aanwijzingen voor de regelgeving de wetgever erop kunnen attenderen dat bij het ontwerpen van een vergunningstelsel ook de overdraagbaarheid van de vergunning onder ogen wordt gezien. Van Buuren en Knijff bevelen aan dat de wetgever zich, bij het ontwerpen van een vergunningstelsel, bewust is van de vraag naar de mogelijkheid van overdraagbaarheid en, zo nodig, daarvoor een voorziening opneemt.<sup>17</sup> Polak merkt op dat deze aanbeveling kracht kan worden bijgezet door haar in de Aanwijzingen voor de regelgeving uit te werken.<sup>18</sup> Zij worden dus op hun wenken bediend.

## 5. Spanning tussen de juridische en de economische invalshoek

Beide MDW-rapporten zijn geschreven vanuit een juridische én een economische invalshoek. Het ligt voor de hand hier het accent te leggen op de juridische kant, maar het zou van grove onevenwichtigheid getuigen helemaal voorbij te gaan aan de inbreng van economische zijde, temeer daar zij wel degelijk interfereert met de juridische aspecten. Uitgangspunt van de rapporten is dat het economisch efficiënt is vergunningen en andere rechten van publiekrechtelijke herkomst overdraagbaar te maken.

Wie enige ervaring heeft met interdisciplinaire samenwerking weet dat het niet steeds gemakkelijk is elkaar goed te begrijpen en dat misverstanden op de loer liggen. Van belang is dat over en weer onder bepaalde begrippen steeds hetzelfde wordt verstaan. Nu is het niet zo moeilijk om te zeggen dat waar twee disciplines samenwerken, het gevaar is dat er langs elkaar heen wordt gepraat, maar veel moeilijker is om precies aan te geven waar de verschillen dan zitten. Evengoed kan immers gesteld worden dat verschillende disciplines elkaar vooral aanvullen.

Daarom is het goed dat er conceptueel onderzoek wordt verricht naar de 'talen' die in diverse disciplines worden gesproken. Door Ruiter is recentelijk zeer lezenswaardig onderzoek verricht naar de verhouding tussen de bestuursrechtelijke doctrine met betrekking tot vergunningen en aanverwante rechtsfiguren enerzijds en de economische *property rights*-benadering anderzijds.<sup>19</sup> Het is interessant om te zien hoezeer het eerste MDW-rapport over handelbare rechten daarin centraal staat. Ruiter betoogt dat de neo-institutionalistische economen een andere conceptie van vergunningen hebben dan juristen, omdat deze disciplines een verschillend begrip 'publiek recht' als uitgangspunt nemen. In zijn artikel wijst hij verder op een aantal aspec-

17. Van Buuren & Knijff, 'Overgang van vergunningen', preadvies KNB, p. 25.

18. J.M. Polak, 'Notariaat en bestuursrecht', *WPNR* 2001 (nr. 6457), p. 779.

19. D.W.P. Ruiter, 'Verhandelbare publieke rechten', *NTB* 2001, p. 277 e.v. Zie over dit onderzoek ook M.A. Heldeweg, 'Het Spagaat. Samenhangen tussen de "Twentse" rechtstheorie en de "Maastrichtse" rechtsdogmatiek toegepast op publieke rechten', in: M.A. Heldeweg e.a. (red.), *De Regel Meester*, Opstellen voor Dick W.P. Ruiter, Enschede 2001, p. 59 e.v.



ten waarin zijns inziens conceptuele verschillen zitten en die naar zijn mening ook in het MDW-rapport zijn te herkennen.

Om zijn standpunt te onderbouwen en als voorbeeld van de economische benadering citeert hij de volgende passage uit het rapport over de rol van de overheid, die hier eveneens in extenso volgt:

‘Het kiezen voor een beleidsinstrument waar- bij het marktmechanisme een rol speelt heeft consequenties voor de mogelijkheid om als overheid nog uitgebreid invloed daarop uit te oefenen. De markt moet haar werk doen om zo efficiënt mogelijk tot het met het instrument beoogde resultaat te komen. Elk ingrijpen houdt een verstoring van deze markt in hetgeen logischerwijs de beoogde werking en effect van het instrument nadelig beïnvloedt. Er moet derhalve telkens een goede reden zijn voor overheidsbemoeienis. Uitgangspunt moet zijn dat overheidsingrijpen zo min mogelijk dient in te grijpen in de vrijheid van personen en ondernemingen op de markt.’<sup>20</sup>

Volgens Ruiter illustreert onder meer dit onderdeel van het rapport de spanning tussen de economische en de juridische benaderingen van verhandelbare publieke rechten. Toch moeten we mijns inziens oppassen te veel verschillen tussen de beide benaderingen te gaan zien. Uit economisch oogpunt wordt betoogd dat de overheid zo min mogelijk ingrijpt in de markt, omdat dit de efficiënte werking van de markt kan verstoren. Maar ook uit juridisch oogpunt is het wenselijk dat de overheid zo min mogelijk ingrijpt in de markt! Dat laatste blijkt vooral uit het tweede MDW-rapport. Daarin wordt betoogd dat met name uit een oogpunt van vertrouwen en rechtszekerheid het belangrijk is dat de overheid ingrijpen zo mogelijk achterwege laat.

Ik ga daarom nu verder met het belichten van enkele essentiële punten uit dit tweede rapport.

## **6. Het vervolgrapport: ingrijpen en compenseren?**

### *6.1. Inleiding en aanleiding*

Het vervolgrapport heeft betrekking op een deelaspect: de vraag in hoeverre de overheid de nadelen dient te compenseren die haar ingrepen in eenmaal bestaande stelsels van verhandelbare rechten teweeg kunnen brengen. Het is voor de wetgever verstandig zich ook bij het in het leven roepen van een nieuwe markt voor verhandelbare rechten reeds van tevoren over die vraag te buigen. Wanneer hij dat niet zou doen, kan hij op een later moment voor onaangename verrassingen komen te staan.

Een van de meest wezenlijke, maar ook moeilijkste, aspecten van het inrichten en in werking houden van een markt van verhandelbare rechten is het creëren van voldoende vertrouwen bij de marktpartijen. Men hoeft geen volleerd econoom te zijn om te begrijpen dat zonder vertrouwen geen markt totstandkomt, laat staan goed werkt. Wie weinig vertrouwen heeft in het te verkrijgen product of goed zal er ook weinig voor over hebben. Vanuit een oogpunt van het creëren en behouden van vertrouwen is het raadzaam dat er zo min mogelijk in de markt wordt ingegrepen.

Niettemin is het niet moeilijk voorbeelden te geven van gevallen waarin door de overheid werd ingegrepen. In die gevallen woog het belang op grond waarvan werd ingegrepen zwaarder dan de ongestoorde instandhouding van de markt. Een ingreep die bijzonder veel aandacht heeft gekregen, zowel in de dagbladders als in juridische geschriften, is de generieke korting van de varkensrechten. In de Wet herstructurering varkenshouderij (Whv) is onder andere voorzien in de omzetting van mestproductierechten in varkensrechten en in de vaststelling van de omvang daarvan. Bij de vaststelling daarvan wordt uitgegaan van de werkelijk benutte mestproductierechten in een bedrijf én een generieke korting van 10%. Ingevolge de Whv zou per 1 januari 2000 een tweede korting van maximaal 15% plaatsvinden. In de gerechtelijke procedures werd primair

20. Ruiter, ‘Verhandelbare publieke rechten’, p. 45–46.

aangevoerd dat het de overheid niet geoorloofd zou zijn deze kortingen op te leggen, subsidiair dat zulks alleen zou mogen indien daarvoor een schadevergoedingsregeling zou worden getroffen.<sup>21</sup>

Een ingreep die zo mogelijk nog meer aandacht heeft gekregen, is de liberalisering van de taximarkt. Per 1 januari 2000 is de Wet personenvervoer gewijzigd met als strekking het taxivervoer te liberaliseren en te dereguleren. Ook onder de oude wettelijke voorschriften was het eigenlijk niet toegestaan de taxivergunningen te verhandelen, maar deze handel werd in de praktijk gedoogd. De vergunninghouders verkeerden daardoor in de veronderstelling dat de handel in vergunningen geoorloofd was. Zij werden hierin nog gesterkt door het feit dat de bank bereid was hen te financieren en daarbij de vergunning als onderpand te accepteren. Hoewel ook in het nieuwe systeem een vergunning noodzakelijk is, zijn door de liberalisatie de taxivergunningen zo goed als waardeloos geworden. De vraag is ook hier of en in hoeverre de gedupeerde vergunninghouders financieel dienen te worden gecompenseerd.<sup>22</sup>

Een van de redenen dat verhandelbare rechten als beleidsinstrument nogal eens te lijden hebben onder een negatief imago, is vermoedelijk hun juridische kwetsbaarheid. Veel gerechtelijke procedures doen de introductie van een betrekkelijk nieuw instrument geen goed. Mijns inziens is het wel van belang daarbij een onderscheid te maken. Het is één ding te stellen dat het instrument zelf niet goed functioneert, maar het is beslist iets anders te zeggen dat een ingreep in de markt het functioneren verstoort. Mede om die reden is het een goede zaak dat in het kader van MDW in een separaat rapport op deze problematiek is ingegaan.

## 6.2. Checklist voor het ingrijpen in de markt

Het kabinet is, op grond van de bevindingen van het rapport, van mening dat overheidsingrijpen in een stelsel van verhandelbare rechten het vertrouwen van marktpartijen zo min mogelijk moet aantasten. Dit bete-

kent volgens het kabinet dat vanuit economisch oogpunt bij het ingrijpen uitdrukkelijk rekening moet worden gehouden met de gerechtvaardigde verwachtingen die de houders van de rechten op het moment van het besluit tot ingrijpen hebben omtrent de hoogte van een eventuele compensatie. Ten einde de onzekerheid en daarmee de kans op onjuiste verwachtingen hieromtrent bij de houders van de rechten te minimaliseren, moet de overheid op een zo vroeg mogelijk moment inzicht verschaffen in de omstandigheden waaronder zal worden ingegrepen, de aard van het ingrijpen en de omvang van de eventuele compensatie, aldus het kabinet. Om dit voornemen waar te kunnen maken geeft het een overzicht van zaken die van tevoren in ogenschouw moeten worden genomen.<sup>23</sup>

### *‘Ten aanzien van de noodzaak en proportionaliteit’*

1. Van tevoren moet zo precies mogelijk worden aangegeven met welk oogmerk – met het oog op welk algemeen belang – de ingreep noodzakelijk is.
2. Van tevoren moet zo precies mogelijk worden aangegeven dat de ingreep proportioneel is ten aanzien van het ermee nagestreefde doel.

### *Ten aanzien van de vestiging van een eventuele aanspraak op compensatie*

3. Van tevoren moet zo precies mogelijk in kaart worden gebracht wie door de ingreep schade kunnen lijden.
4. Van tevoren moet zo precies mogelijk in kaart worden gebracht in welke mate zij mogelijkerwijs schade zullen lijden.
5. Van tevoren moet zo precies mogelijk in kaart worden gebracht in hoeverre de schade – vergeleken met andere gedupeerden – onevenredig drukt op een beperkte groep burgers of instellingen.
6. Van tevoren moet zo precies mogelijk worden aangegeven in hoeverre de schade valt onder het normaal maatschappelijk risico van de gedupeerde.
7. Van tevoren moet worden afgewogen in hoeverre de schade van de gedupeerden opweegt tegen het belang van de ingreep (“fair balance”).

21. Zie naast de jurisprudentie ook p. 9 van het vervolgrapport.

22. Zie onder andere p. 30–31 van het vervolgrapport.

23. *Kamerstukken II 2000/01*, 24 036, nr. 182, p. 4, 5.

8. Van tevoren moet worden aangegeven in hoeverre er rechtens een compensatieplicht bestaat.

*Ten aanzien van de uitwerking van de eventuele aanspraak op compensatie*

9. In een zo vroeg mogelijk stadium moet de voorgenomen ingreep worden bekendgemaakt, zodat de mogelijke gedupeerden ook zelf maatregelen kunnen treffen om (verdergaande) schade zoveel mogelijk te beperken.
10. Van tevoren moet zo precies mogelijk worden aangegeven aan de hand van welke maatstaven de schade die de ingreep teweegbrengt, zal worden vastgesteld en aan de hand van welke maatstaven die schade zal worden vergoed.
11. Van tevoren moet worden bekendgemaakt op welke compenserende maatregelen die van overheidswegen zullen worden genomen de gedupeerden een beroep kunnen doen.
12. Van tevoren moet worden bekendgemaakt of er een algemene compensatieregeling zal worden vastgesteld.

*Overig*

13. Tenslotte dient van tevoren, als bij iedere maatregel, te worden gezien of de maatregel niet overigens in strijd komt met geschreven of ongeschreven rechtsregels.
14. Daarenboven kan worden gezien in hoeverre gedupeerden op andere dan juridische gronden voor een tegemoetkoming in aanmerking komen.<sup>7</sup>

Dit schema overziend, springt onmiddellijk in het oog dat nogal wat *van tevoren* moet worden voorzien. Dat is niet gemakkelijk en in de praktijk soms onmogelijk – sommige gebeurtenissen zijn nu eenmaal niet te voorzien –, maar dient wel een belangrijk streven te zijn.

Men hoeft geen groot kenner van het recht betreffende nadeelcompensatie en schadevergoeding te zijn om in dit overzicht de nodige elementen te herkennen uit met name de bestuursrechtelijke jurisprudentie, de Europeesrechtelijke jurisprudentie en de jurisprudentie op grond van het EVRM.

Ten aanzien van het laatste punt zij opgemerkt dat er in het rapport nadrukkelijk op wordt gewezen dat ingevolge de jurisprudentie met betrekking tot nadeelcompensatie en schadevergoeding het draagkrachtbeginsel geen rol behoort te spelen. Dat maakt het zeer moeilijk om rekening te houden met de persoonlijke omstandigheden van de gedupeerde. Maar hoewel daar rechtens niet toe gedwongen, staat het uiteraard vrij om politiek-bestuurlijke redenen verder te gaan en meer te compenseren dan op grond van het recht is vereist.

In het rapport wordt voorts in het bijzonder aandacht besteed aan de verschillende manieren waarop de nadelen kunnen worden gecompenseerd, zoals het aanbieden van een reële vergoeding (het op vrijwillige basis ‘opkopen’ van de rechten), het aanbieden van een vergoeding van de schade (nadeelcompensatie), het nemen van fiscale maatregelen, het toekennen van subsidies en andere uitkeringen, dan wel het nemen van aanvullende maatregelen. In de praktijk wordt nogal eens gebruikgemaakt van een combinatie van deze maatregelen.

## **7. Ingrijpen bij wet in formele zin**

### *7.1. Wel verdragstoetsing...*

De ingreep in de markt vindt nogal eens plaats bij wet in formele zin. Mede vanwege het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet, dat, zoals bekend, zo wordt verstaan dat niet alleen toetsing van de formele wet aan de grondwet, maar ook aan ongeschreven rechtsbeginselen niet geoorloofd is,<sup>24</sup> is de rechter wat beperkt in zijn toetsingsmogelijkheden. Daarbij dient echter onmiddellijk te worden opgemerkt dat toetsing aan verdragen wel is toegestaan.

In het rapport is daartoe in het bijzonder ook aandacht besteed aan de toetsing aan artikel 1, Eerste Protocol, van het EVRM. De laatste jaren wordt in gerechtelijke procedures meer en meer een beroep op dit artikel gedaan. Het artikel luidt:

24. HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 m.nt. MS, AB 1989, 207 m.nt. FHvdB (Harmonisatiewet-arrest) en HR 14 april 2000, NJ 2000, 713 m.nt. ARB, AB 2001, 135 m.nt. T.A. van Kampen (Kooren-Maritiem/Staat).

'Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.

De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.'

In de Straatsburgse jurisprudentie wordt het begrip 'eigendom' zeer ruim uitgelegd. Het heeft een ruimere strekking dan het Nederlandse eigendomsbegrip, dat, zoals gezegd, beperkt is tot de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten. Het onderscheid tussen ontneming en regulering in de zin van artikel 1, Eerste Protocol, EVRM is vooral van belang voor de vraag of en in hoeverre de staat schadevergoeding moet bieden. Bij *ontneming* is de overheid in het algemeen verplicht schadevergoeding te betalen, terwijl het bij *regulering* afhangt van een belangenafweging: indien een individu een onevenredig zware last moet dragen ter bereiking van het met de regulerende maatregel beoogde algemeen belang dient de overheid zijn schade te vergoeden.

De toegevoegde waarde van dit artikel lijkt mij over het algemeen vrij gering: de rechterlijke toetsing aan dit artikel is zo beperkt dat het Nederlandse recht, met inbegrip van het ongeschreven recht, de eigenaar meer te bieden heeft.<sup>25</sup> Dit ligt echter anders als met een wet in formele zin wordt ingegrepen, want toetsing aan het ongeschreven recht is dan immers niet aan de orde. In de zaak over de generieke korting op de varkensrechten werd op dit artikel een beroep gedaan. Het arrest van de Hoge Raad werd ongeveer een jaar na verschijning van het MDW-rapport gewezen.<sup>26</sup>

Uit dit arrest volgt dat de ingreep moet worden aangemerkt als regulering van eigendom, waarbij niet het verhandelbare recht, maar het geëxploiteerde bedrijf het object van de eigendomsbescherming vormt. De Hoge Raad overweegt dat niet kan worden gezegd dat de wetgever met de regeling met betrekking tot de tweede korting buiten de hem toekomende beoordelingsvrijheid is getreden. Hij overweegt voorts dat dit artikel geen grond biedt om de Whv buiten toepassing te laten ten aanzien van varkenshouders die door de bestreden maatregelen slechts getroffen zijn in mestproductierechten of varkensrechten die ingevolge de wet aan hen zijn toegekend en die zij niet op andere wijze tegen betaling hebben verworven. Onderzocht dient echter wel te worden of de bestreden maatregelen van de Whv voor een of meer van de eisers in verband met bijzondere, niet voor alle varkenshouders geldende, feiten en omstandigheden een 'individual and excessive burden' vormen en of de desbetreffende bepalingen van de Whv om die reden voor hen buiten toepassing moeten worden gelaten, althans zolang niet is voorzien in een adequate financiële compensatie, aldus de Hoge Raad.<sup>27</sup> Interessant is dat de Hoge Raad daaraan toevoegt:

'In het bijzonder – maar niet uitsluitend – kan dit het geval zijn, wanneer een varkenshouder wordt getroffen in mestproductie-/varkensrechten die hij tegen betaling heeft verworven, waarbij met name van belang is in hoeverre de Staat verwachtingen heeft gecreëerd, die, bijvoorbeeld, tot uitdrukking zijn gekomen in de prijs waartegen de betrokken rechten zijn verworven.'

Uit deze passage blijkt hoeveel gewicht de Hoge Raad toekent aan het feit of de rechten om niet waren verkregen dan wel of zij tegen betaling zijn verstrekt. Dit is een element dat in de tekst van het vervolgrapport relatief wat op de achtergrond blijft

25. Evenzo: B.J. Schueler, in: *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, preadvies VAR, Den Haag 2002, p. 149 en 192.

26. HR 16 november 2001, AB 2002, 25 m.nt. PvB.

27. Uit dit arrest vloeit voort dat ook de tweede generieke korting in principe geoorloofd is (vgl. *Kamerstukken II* 2001/02, 25 448, nr. 43). Wel dient te worden gewaarborgd dat varkenshouders die een 'individual and excessive burden' moeten dragen als gevolg van deze korting een passende schadeloosstelling wordt geboden.

en waarvan het mij daarom goed lijkt het hier, op grond van dit recente belangrijke arrest, meer naar voren te halen.

Het komt mij voor dat dit aspect ook buiten de toetsing aan het EVRM – bij de toetsing aan het Nederlandse recht – een factor van gewicht dient te zijn. De (initiële) verlening van de rechten door de overheid geschiedt vaak om niet. De eerste rechthebbende heeft vaak niet hoeven te betalen; in de rapporten wordt, op basis van de economische invalshoek, gesproken over ‘grandfathering’. Waarom zou de overheid van iets wat gratis is uitgedeeld, niets mogen terugnemen? Wegen de genoemde rechtsbeginselen werkelijk zo zwaar? Anders wordt het op dit punt wanneer het recht verhandeld is en zich inmiddels bij een rechtsopvolger bevindt die er een aanzienlijk bedrag voor heeft betaald.

## 7.2. ... geen toetsing aan het ongeschreven recht

In dit arrest werd ook een beroep gedaan op de schending van algemene ongeschreven rechtsbeginselen. A-G Mok wijst erop dat de steller van het middel zware kritiek uitoefent op het parlement. Om een indruk te krijgen volgen hier twee passages uit de cassatiemiddelen:

‘(...) in de voor het tot stand brengen van wetten voorgeschreven parlementaire procedure [is] geen afdoende waarborg meer (...) gelegen voor het rechtsgehalte van die wetten.’

‘De totstandkoming van de Whv met schending van het evenredigheidsbeginsel, het verbod van willekeur, het zorgvuldigheidsbegin-

sel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel (...) demonstreert op voorbeeldige wijze hoezeer de ontwikkeling van ons parlementaire stelsel in monistische richting (...) thans een tegenwicht van de onafhankelijke rechter noodzakelijk maakt.’

De A-G reageert hier onder meer als volgt op:

‘Paradoxaal genoeg demonstreert dit betoog juist een van de zwakke zijden van de bepleite toetsing door de rechter van de wet in formele zin. Het ongenoegen van burgers en groeperingen over bepaalde besluiten dat zich nu richt op het parlement en “de politiek” in het algemeen, zal zich dan op de rechter gaan richten. Het mestprobleem is een duidelijk voorbeeld. Het is onaannemelijk dat dit tot tevredenheid van zowel varkenshouders als milieubeweging opgelost kan worden.’

Zolang wij in Nederland geen constitutionele toetsing kennen – ik volsta met te verwijzen naar het initiatiefwetsvoorstel<sup>28</sup> en de nota over dit onderwerp van het voormalige kabinet<sup>29</sup> – (en overigens mijns inziens ook daarna, maar dan zijn er iets meer mogelijkheden voor herstel), onderstreept het betoog van de A-G vooral het belang van een goede en zorgvuldige besluitvorming door de wetgever. Het in het leven roepen van een stelsel van handelbare rechten stelt hoge eisen aan de wetgever. De wetgever zal, nu vrijwel niemand anders hem kan corrigeren, om het in alledaagse bewoordingen te zeggen: extra goed zijn best moeten doen. De rapporten zijn erop gericht daaraan een bijdrage te leveren.

28. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 331, nr. 1-3.

29. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 355, nr. 1-2.